

A extensão que lhe pretende dar a tese ultrapassa o objetivo que presidiu à sua origem. Nem se justifica a invasão que por ela se opera no campo das ações de condenação, cuja finalidade, por mais completa, mais se coaduna com os princípios que regem o moderno processo civil, de afirmar a vigência da lei e sua aplicação ao caso concreto, como meio de defesa da sociedade e de proteção do direito privado subjetivo. Sempre, porém, com o mínimo de perturbação social, de sorte a que não venha a ação reparadora a constituir razão de maior alarme e desprestígio que o próprio ato que tende a reprimir.

Por que admitir-se o uso da ação declaratória quando já exigível a obrigação, objeto da dúvida, quando isso importará na duplicação de processo?

Essa a razão por que resistem os tribunais em assim ampliar o uso da ação declaratória.

Pensamos, com o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que a ação declaratória tem por fim exclusivo resguardar as relações jurídicas que, por falta de exigibilidade atual, possam tornar-se incertas, sofrer uma redução de importância ou perder a vitalidade. Constitui, pois, mero remédio preventivo, desprovido de execução compulsória. Ou, como afirma Hugo Alsina, quando exista um estado de incerteza sobre a existência ou interpretação de uma relação de direito, capaz de causar prejuízo e desde que não haja outro recurso legal.

Eis porque concordamos integralmente com os dispositivos propostos pelo Ministro Costa Manso, quando da elaboração do Código de Processo Paulista, nos quais, com a devida precisão, se fixam os casos em que pode a ação declaratória ser proposta, bem como se propõem soluções para situações resultantes da propositura de mais de uma ação, como pode ocorrer facilmente, uma de condenação, por uma das partes, e outra declaratória, pela outra.

Em conclusão, renovo o louvor inicial à tese apresentada, embora não lhe subscreva as conclusões, como sumariamente ficou exposto.

## CARATER CIVIL DA PRESCRIÇÃO DAS DÍVIDAS PÚBLICAS PASSIVAS DE ORIGEM FISCAL

*Galeno Lacerda*

Assistente de Processo Civil na Faculdade de Direito de  
P. Alegre. Auditor do Tribunal de Contas do Estado.

1 — A questão da prescrição das dívidas públicas passivas de origem fiscal é bastante controvertida. O assunto mais se aguçava em relação às dívidas passivas dos Estados e Municípios. Sendo, entre nós, privativa a competência da União para legislar sobre direito civil, indaga-se se podem as outras pessoas de direito público interno fixar prazos prescricionais para a reclamação de cobrança fiscal indevida. Essa prescrição será matéria de direito civil ou de direito financeiro?

Duas correntes — a publicista e a civilista — chocam-se na solução da tese.

Adepto da primeira, nosso ilustre colega ALVARO BAPTISTA DE MAGALHÃES, em sua magnífica introdução ao “Ante-Projeto de Código Tributário e Fiscal para os Municípios”, entende que o direito financeiro, sendo de ordem pública, possui disciplina própria, distinta da que concerne ao direito civil.

Considerando que o Código Civil regula “os direitos e obrigações de ordem privada” (art. 1.º), declara: “É bem de ver que, lançando impostos, não age o Estado dentro da esfera do direito civil. O imposto é uma obrigação compulsória, inteiramente alheia ao direito privado. Parece-nos, assim, que não se podem aplicar às relações daí decorrentes as determinações da lei civil” (op. cit., pag. 30).

E, mais adiante: “Em realidade, como o direito financeiro é restrito e privativo, a capacidade para instituir a prescrição pertence à entidade pública que fôr competente para decretar o imposto” (pag. 32).

Invoca em favor de seu ponto de vista as opiniões respeitáveis de AMILCAR DE CASTRO, VIOTTI DE MAGALHÃES, CASTRO MAGALHÃES, ANDRADE FIGUEIRA e BARBOSA CAMPOS.

2 — A corrente publicista, entre nós, teve origem, ao que parece, num esplêndido voto vencido do Ministro ALBERTO TORRES, proferido no Supremo Tribunal Federal, em 14 de dezembro de 1904, no julgamento de um recurso extraordinário oriundo da Baía.

A espécie era a seguinte: "The British Bank of South America Limited" movera uma ação contra o Estado da Baía, a fim de haver devolução de taxas que julgava inconstitucionais, por êle pagas durante um período de dez anos. O Estado defendeu-se, alegando, entre outros argumentos, prescrição de parte da importância reclamada, nos termos do regulamento estadual n.º 111, de 19 de dezembro de 1901.

Vitorioso êsse ponto de vista na justiça local, surgiu o recurso extraordinário, que logrou provimento da maioria do Supremo. São as seguintes as razões do acórdão:

"Considerando, outrossim, que, sendo a prescrição extintiva de obrigações um instituto de direito civil ou comercial, somente pode decretá-la a lei federal, pelo que o regulamento baiano, tantas vezes citado, consagrado em um de seus artigos a prescrição quinquenal a favor das dívidas passivas do respectivo Estado, além de exorbitar de sua esfera própria, por ser o assunto matéria legislativa, ainda, nesta parte, ofende abertamente o art. 34, n. 23, da Constituição Federal, segundo o qual o Congresso Nacional é o único competente para legislar sobre o direito civil e comercial;

"Acordam dar provimento ao recurso para declarar inconstitucional... a disposição regulamentar que consagrou a prescrição quinquenal das dívidas passivas da recorrida". ("O Direito", vol. 96, pags. 394-400).

Foram votos vencedores os Ministros MANOEL MURTINHO, PIZA E ALMEIDA, PINDAÍBA DE MATOS, ANDRÉ CAVALCANTI, OLIVEIRA RIBEIRO e MACEDO SOARES.

Vencidos, porém, votaram os Ministros ESPÍRITO SANTO, ALBERTO TORRES e JOÃO PEDRO. É de ALBERTO TORRES a justificação seguinte:

"A doutrina geral da prescrição forma, sem dúvida, um instituto de Direito Civil; mas é também incontestável que a matéria de prescrição de curto prazo das dívidas públicas passivas nunca constituiu, entre nós, objeto da legislação civil. A prescrição de cinco anos para as dívidas passivas da nação foi, a princípio, decretada pelo Regimento da Fazenda, cap. 209; revigorada pelo art. 20 da lei n.º 243 de 30 de novembro de 1841 (lei orçamentária) e, finalmente, regida pelo decreto n.º 857, de 12 de novembro de 1851, ato de caráter administrativo financeiro, explicativo do referido art. 20 da lei de 1841.

"Creio também poder afirmar que no direito estrangeiro semelhante matéria não é considerada própria da lei civil". E cita aqui os exemplos da França e Itália.

"A exclusão do assunto das leis civis e a provisão dêle em leis especiais, administrativas, indica que, ao ver dos legisladores, no critério do Direito Positivo, êle não pertence ao sistema das leis do Direito Privado.

"É o que, aliás, expressamente diz o projeto da Câmara dos Deputados: "Art. 1.º — Êste Código regula os direitos e obrigações de caráter privado..."

"Não se pode pretender que entre também no quadro do Direito Civil o direito do Estado à percepção de impostos e taxas, e, reciprocamente, os dos indivíduos lesados pelo Estado por cobrança de impôsto ilegal.

"A faculdade de prover sobre tais matérias não assenta, para o Estado, na sua qualidade de legislador de direito comum: tem origem no poder soberano ou de autonomia política".

E, concluindo pela legitimidade da prescrição contida em regulamento estadual, afirma: "Os Estados gozam, em relação às rendas, ao patrimônio e ao crédito que a Constituição lhes reconheceu, de uma completa autonomia legislativa" (loc. cit.).

3 — Em que pese o brilho dêsse voto, parece-nos carecer de razão seu ilustre prolator.

Não é exato que a tradição de nosso direito afaste da órbita civil a prescrição das dívidas públicas passivas. E isto porque caótica era a legislação civil anteriormente ao Código. Nem era possível discriminar, na maioria das leis de então, a matéria administrativa da civil.

Um exemplo frisante da indistinção doutrinária do legislador nos é dado pelo decreto n.º 857, de 12 de novembro de 1851, que regulou a prescrição da dívida passiva e ativa da Nação e que, ampliado pelo decreto n.º 1.939, de 28 de agosto de 1908, vigorou integralmente até o advento do Código Civil (embora, quanto a essa vigência, a corrente publicista não participe do mesmo entendimento).

Assim dispunha o diploma:

"Art. 1.º — A prescrição de 5 anos, posta em vigor pelo art. 20 da lei de 30 de novembro de 1841, com referências ao capítulo 209 do Regulamento da Fazenda, a respeito da dívida passiva da Nação, opera a completa desoneração da Fazenda Nacional do pagamento da dívida, que incorre na mesma prescrição.

"Art. 2.º — Esta prescrição compreende:

1.º O direito que alguém pretenda ter a ser declarado credor do Estado, sob qualquer título que seja.

2.º O direito que alguém tenha a haver pagamento de uma dívida já reconhecida, *qualquer que seja a natureza dela*.

“Art. 3.º — Todos aquêles que pretenderem ser credores da Fazenda Nacional por ordenados, soldos, cõgruas ou gratificações e outros vencimentos de empregos; por pensões, tenças, meio-sòldo e montepio; por preço de arrematações e contratos de qualquer natureza e pagamento de despesas feitas e serviços prestados e por quaisquer reclamações, indenizações e restituições, deverão requerer o reconhecimento e liquidação de suas dívidas, a expedição dos despachos, ordens e títulos para o pagamento, e fazer o assentamento das que o precisarem dentro dos 5 anos; e passado êste prazo, ficará prescrito a favor da Fazenda Nacional todo o direito que tiverem”.

Ao contrário do que pretende o Ministro ALBERTO TÔRRES, ao atribuir ao decreto 857 um mero caráter administrativo financeiro, o que se mostra evidente é que o texto dispõe sòbre a prescrição de tãda e qualquer dívida passiva do Estado, considerando-o tanto em suas relações de ordem pública como de ordem privada. Com efeito, só neste último sentido é que poderão ser tomadas as dívidas oriundas do “preço de arrematações e contratos de qualquer natureza”, do “pagamento de despesas feitas e serviços prestados”, bem como de “quaisquer indenizações”. É notório o caráter civil dessas obrigações, o que, longe de prestigiar a tese publicista, reforça a conclusão de que nosso direito positivo jamais distinguiu, para efeitos de prescrição, as dívidas passivas do Estado, proviessem elas de relações jurídicas de ordem pública ou privada.

Menos certo é o Ministro ALBERTO TÔRRES, quando invoca em seu favor a tradição do direito francês e do italiano. Refuta-o CLÓVIS:

“Os extensos privilégios concedidos pelo direito pátrio ao Estado, em matéria de prescrição, constituem uma quase singularidade no direito civil moderno. *Em direito francês, o Estado não tem êsses privilégios. Aplica-se-lhe o direito comum*, isto é, a prescrição trintenária e, em alguns casos, as prescrições menores de um, dois e cinco anos. O Código Civil italiano declara expressamente: “Lo Stato pei suoi beni patrimoniali e tutti i corpi morali sono soggetti alla prescrizione e possono opporla *come i privati* (art. 2114)”. (“Teoria Geral do Direito Civil”, § 90, pag. 417). E cita CLÓVIS ainda no mesmo sentido os Códigos português, peruano, argentino, chileno e uruguaio.

Nada mais natural, pois, que o Código Civil, ao dispor em sentido amplo e geral sòbre o instituto da prescrição, acolhesse a tradição de nosso direito positivo e os ensinamentos do direito estrangeiro, não distinguindo, a êsse respeito, em matéria de dívida passiva da Fazenda Pública. A largueza do conceito contido no art.

178, § 10.º, inciso VI — “tãda e qualquer ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal” — não comporta, evidentemente, interpretação diversa.

4. — Quanto ao argumento de que a extensão do inciso encontra limites no art. 1.º, segundo o qual o Código Civil regula apenas os direitos e obrigações de ordem privada, sérias e fundadas são as objeções que a êle se podem opor.

Raro será o dispositivo que tenha originado maior discussão que o malfadado art. 1.º de nosso Código. Sua presença no corpo do diploma tem suscitado as críticas mais severas.

Nos projetos TEIXEIRA DE FREITAS e FELÍCIO DOS SANTOS nada se encontra de similar e nos de COELHO RODRIGUES e CLÓVIS BEVILÁQUA bem diversa é a redação.

Assim comenta ESPINOLA a tumultuosa trajetória do artigo: “É curioso observar que o art. 1.º se manteve no Código, a despeito de continuamente manifestada a preferência pela sua supressão, durante a respectiva elaboração.

“Já na 4.ª reunião da Comissão revisora, BULHÕES CARVALHO “propõe a supressão do artigo e seus parágrafos, *por inútil e confuso*”, com o que concordaram AQUINO E CASTRO e BARRADAS — sòmente LACERDA DE ALMEIDA se manifestou pela manutenção e apresentou o substitutivo, que veio a ser aprovado. No Senado, o parecer de RUY BARBOSA frisara: “Aliás não sei para quê êsse texto. Nem o Código Civil francês, nem o português, nem o espanhol, nem o chileno, nem o argentino, nem o italiano, nem o montenegrino, nem o alemão, nem o anteprojeto do Código civil suíço, encerram disposição semelhante”. Mas, foi remetido o projeto do Senado à Câmara, com a emenda de RUY BARBOSA, dando nova redação ao artigo. Na Câmara, submetido o projeto a novos estudos, insiste o parecer do deputado CELSO BAYMA: “Melhor fôra suprimir no Código Civil a disposição preliminar constante do art. 1.º da Parte Geral, disposição doutrinária e ociosa e que não é consagrada, nem pelo Código alemão, nem pelo recente Código suíço”.

“Apresentado o Código com o artigo tão repudiado, prestigia-o o seu autor, como é natural; FERREIRA COELHO e SÁ FREIRE também o defendem”. (ESPINOLA, “Tratado”, vol. II, pag. 548).

São êstes, porém, os únicos civilistas favoráveis ao artigo. Todos os demais o condenam.

ESPINOLA assim se manifesta:

“Não sendo nós partidários de definições na lei, não reputamos imprescindível êsse artigo, *que, nem ao menos, é rigorosamente exato*. De feito, o artigo não impede que muitos dos preceitos do Código sejam assunto de outras disciplinas — de direito comercial,

de direito internacional privado, de DIREITO PÚBLICO, e, fôsse ainda mais fechada a fórmula do art. 1.º, não impediria a extensão dos dispositivos a matérias não propriamente de direito civil, às quais se destinam também, pela justa compreensão das normas consignadas, eis que não esteja o assunto regulado nos outros Códigos ou leis especiais” (op. cit., pag. 551).

Noutro tópico de sua obra, é ainda mais explícito o mesmo autor:

“No que tange com o Código Civil Brasileiro, além dos assuntos nitidamente de direito privado internacional e de direito público, até administrativo, que formam, quase exclusivamente, a lei de introdução, oferece a parte geral, nos arts. 14 e 15, dispositivos francamente de direito público; sem falar no que se encontra de atinente com o direito comercial” (op. cit., vol. I, pag. 320).

Criticando acerbamente o art. 1.º, CARVALHO SANTOS conclui seus comentários a respeito, abordando de maneira expressa a tese em discussão :

“Quando estudarmos o capítulo da prescrição, veremos como o Código Civil se aplica também até em matéria de impostos, isto é, determina o prazo da prescrição da ação para cobrá-los, não obstante ser a obrigação de pagar impôsto do domínio do direito público.

“O Código Civil não pode, repitamos mais uma vez e em remate ao que vem de ser exposto, regular sòmente as relações civis. E se essa é a verdade, não admira nem surpreende que não tivesse podido o legislador escapar às críticas que lhe fizeram VAMPRÉ e PAULO LACERDA. O que poderia ser evitado é que apresentasse o Código êsse defeito de querer restringir o campo de sua preocupação às relações civis, em contrário à verdade dos fatos e aos verdadeiros princípios científicos, como bem demonstrou o ilustre jurista italiano ALFREDO ROCCO”. (“Cod. Civ. Bras. Int.”, vol. I, 3.ª ed., pag. 228).

5. — Mas, por que razão não pode o Código Civil, como afirma CARVALHO SANTOS, regular sòmente as relações civis?

O problema é complexo e se resolve em última análise na questão da natureza das relações entre Direito e Estado nos fins a que ambos tendem.

Quanto às relações que os ligam, inaceitáveis se apresentam tanto a solução monista, como a pluralista, aquela, expressão do criticismo e do positivismo jurídico, identificando Estado e Direito; esta, atribuindo juridicidade positiva a tôda norma emanada de círculos sociais inferiores ao Estado.

O Direito, como realidade, assenta na natureza racional do homem e nada mais é que a expressão da virtude da Justiça. É, pois, anterior ao Estado. Êste, entretanto, tem por finalidade realizar

o bem comum. Para que êste fim seja assegurado, necessário é que cada um respeite o que é de outrem, isto é, realize o que é justo. Daí porque o Direito é a garantia da realização teleológica do Estado.

Necessitando, pois, o Estado do Direito, deve êle dotar de positividade as normas da lei natural, desdobrando-as e adaptando-as às exigências da vida coletiva. Neste sentido, pode-se dizer que “o Estado se realiza também como ordenamento legal positivo” e que êle “cria formalmente o Direito, visto como decide, em última instância, sôbre a positividade das normas” (MIGUEL REALE, “Teoria do Direito e do Estado”, págs. 282 e 290).

Ora, sendo extremamente variadas e complexas as relações que se podem estabelecer entre os indivíduos e entre êstes e o Estado, claro é que o direito positivo deve atender a essa multiplicidade de situações que a vida coletiva apresenta.

Daí porque, na prática, não se pode precisar com absoluto rigor científico a linha de demarcação entre os vários ramos em que a doutrina teòricamente cindiu a ciência jurídica.

6. — Esta dificuldade mais se acentua quando se trata de fixar a distinção entre direito público e direito privado. Embora nos divorciemos radicalmente das concepções de KELSEN, misto de neo-kantismo e de positivismo jurídico, especialmente da identidade absoluta que êle estabelece entre Direito e Estado, não podemos recusar-lhe certa dose de razão quando afirma :

“Si bien esta antitesis (direito público e privado) constituye la medula de toda la sistemática teòrico-jurídica, es sencillamente imposible determinar con cierta fijeza lo que quiere decirse en concreto cuando se distingue entre el Derecho público y el privado. Ciertamente, cabe señalar determinados dominios jurídicos, cualificados por su especial contenido, que se contraponen convencionalmente en calidad de “Derecho público” al “Derecho privado”. Así, en el Derecho público se incluyen el Derecho político, el administrativo, el procesal, el penal, el internacional y el canónico (este último sólo en tanto que se refiere predominantemente a los anteriores dominios); todo el restante Derecho es Derecho privado. Pero si se pregunta por el fundamento de esta división, se entra de lleno en un caos de opiniones contradictorias. ... Para dividir el Derecho en público y privado se recurre por los diversos tratadistas a los criterios más variados y aun opuestos; no es raro encontrar en un mismo escritor esta diversidad o oposición de criterios”. (“Teoria General del Estado”, págs. 105-106).

O que parece certo é que o velho dualismo entre direito público e privado — que KELSEN, no seu monismo integral, considerava “funestíssimo” — não corresponde, na sua realização concreta,

a uma absoluta distinção de essências, mas, sim, a uma simples diferença de grau, já que, em regra, em toda relação jurídica se apresentam, com maior ou menor intensidade, ambos os caracteres — público e privado.

Essa indistinção que a realidade jurídica oferece, ou, antes, a resistência que ela opõe aos esquemas abstratos da doutrina, tem em nosso entender uma explicação profunda. É que toda relação jurídica participa, simultaneamente, do triplice caráter da Justiça. Diz-se que ela é comutativa quando um indivíduo dá a outro o que a este pertence; legal, quando a prestação do indivíduo se dirige à coletividade, e distributiva, quando cabe a esta em favor daquele. Tomemos um contrato entre pessoas físicas como exemplo. Não pode haver relação mais tipicamente comutativa. Entretanto, há também nela um aspecto que diz com a justiça distributiva: é o pressuposto de garantia que o Estado deve oferecer à segurança e estabilidade do negócio; assim como ocorre, ainda, outro, relativo à justiça legal: o respeito das partes às prescrições legais e aos direitos de terceiros.

7. — A realidade jurídica é, portanto, complexa, e a lei deve refletir-lhe o conteúdo. Daí porque o Código Civil não pode disciplinar apenas as relações civis. Variando nestas a intensidade das notas de caráter público, claro está que o Código, para ser fiel a essas exigências, deverá, vez que outra, ultrapassar os limites em que o pretende fixar uma corrente doutrinária por demais simplista, atenta exclusivamente à técnica e à forma e olvidada por completo dos reclamos do ser e da ciência jurídica.

Acresce a este argumento outra razão de ordem histórica. Lembra-a J. X. CARVALHO DE MENDONÇA quando afirma que, havendo o direito civil precedido historicamente ao direito comercial, “acumulou em si o fundo comum de todas as noções, que servem de base ou de materiais para as construções jurídicas” (“Tratado”, 4.<sup>a</sup> ed., vol. I, n.º 6, pag. 31).

Esta precedência, entretanto, não se manifestou apenas em relação ao direito comercial, mas a quase todos os ramos da ciência jurídica. Daí por que é o direito civil o repositório natural das noções fundamentais e dos princípios gerais. Mesmo porque, a fim de evitarem-se as repetições desnecessárias, seria indispensável reunir numa parte geral os princípios comuns aos diversos ramos do direito.

Esta vocação universalista do direito civil transparece, de resto, com extraordinária nitidez, nos preceitos do nosso Código.

Sem falar na lei de introdução, com seu conteúdo quase exclusivo de direito público, administrativo e internacional privado,

vemos a parte geral transbordar dos quadros simplesmente cíveis, para invadir domínios alheios.

Assim, as disposições sobre personalidade aplicam-se quase integralmente ao direito comercial e ao administrativo. Os arts. 14 e 15 pertencem ao direito público. O art. 22, sobre a extinção de associação civil, e o 26, sobre fundações, são de nítido caráter administrativo.

A teoria do domicílio é comum a toda a ciência jurídica, e o art. 35, sobre o domicílio da União, Estados e Municípios, é de sentido eminentemente público. O mesmo se pode dizer do capítulo sobre os bens públicos (arts. 65 a 68), acolhido integralmente no Regulamento da Contabilidade Pública.

A teoria dos fatos e atos jurídicos, modalidades, forma, vícios e nulidades, pertence ao universo da ciência jurídica.

A dos atos ilícitos tem íntimo contato com o direito penal e o art. 160 do Código é comum a disposição deste ramo do direito.

Finalmente, a teoria da prescrição tem idêntica aplicação geral, valendo muitas de suas normas tanto para o direito comercial como para o administrativo.

8. — Se, portanto, em matéria de direito público, o Código Civil chegou a definir as pessoas jurídicas de direito público interno e o respectivo domicílio, bem como a dispor sobre os bens públicos, por que razão não haveria também de regular a prescrição das dívidas ativas e passivas? Claro está que assim procedendo nada mais fez que cumprir uma exigência elementar de método e respeito à realidade jurídica, que exigia o tratamento, numa codificação civil ampla, dos aspectos públicos contidos nos grandes capítulos relativos à personalidade, domicílio, patrimônio e, em consequência, no da prescrição também. Esses aspectos públicos assumiram, assim, no Código, aquilo que poderíamos definir como sendo um caráter civil por acessão.

Deformador e simplista é, portanto, o art. 1.º; menos exata é a tese sustentada pelo publicismo. O instituto da prescrição encontra-se inteiramente regulado no Código Civil, excetuadas naturalmente as disposições especiais ressalvadas no art. 4.º da antiga lei de introdução. Dentro de nossa atual sistemática jurídica, portanto, vedado é aos Estados e Municípios legislar sobre prescrição de direitos de qualquer natureza, matéria cível da exclusiva competência da União.

9 — Esta apreciação geral sobre o valor das impugnações ao caráter civil da prescrição das dívidas públicas passivas de origem fiscal não estaria completa, porém, se não mencionássemos a notável e engenhosa solução de CARPENTER ao problema. Ensina êle:

“No exercício do *jus imperii* o Estado pode tornar-se credor de uma quantia pecuniária contra o particular (por exemplo, imposto

não pago): é a dívida ativa fiscal propriamente dita. No exercício desse mesmo *jus imperii* o Estado pode, exorbitando da Constituição ou das leis, praticar um ato que lese os direitos ou interesses econômicos do particular: *É o ato ilícito, que despe o Estado das suas vestes de Poder Soberano, das suas prerrogativas do direito público, e o deixa reduzido às proporções de u'a mera pessoa pública responsável consoante as regras do direito privado*, das quais, na hipótese, a principal é a seguinte, que se acha inscrita no art. 1518 do Código Civil — “Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado...” *É uma dívida passiva do Estado*”. (“Manual”, vol. IV, pag. 558).

Reduzindo a hipótese a um ato ilícito, o exímio jurista priva de todo e qualquer argumento os próprios rigores formais do publicismo...

## RELATÓRIO E PARECER

Relator: JOSÉ LUIZ DE ALMEIDA MARTINS COSTA

1. — O dr. Galeno Lacerda, Assistente de Processo Civil na Faculdade de Direito da Universidade e Auditor do Tribunal de Contas do Estado, além de outras teses com que concorre ao presente Congresso Jurídico, apresenta a que ora tenho a honra de relatar, intitulada “Caráter civil da prescrição das dívidas públicas passivas de origem fiscal”.

Esse enunciado é suficientemente claro para revelar o exato conteúdo da proposição formulada pelo ilustre congressista.

Cumpra advertir, apenas, que a expressão “dívida de origem fiscal”, emprega-a o autor em sentido restrito, para significar, tão só, a obrigação do Fisco de repetir impostos indevidamente cobrados.

2. — Na parte expositiva do seu excelente trabalho menciona o dr. Galeno Lacerda a divergência doutrinária existente, acêrca da natureza da prescrição de tais dívidas da Administração Pública.

Duas teorias defrontam-se a respeito: a publicista e a civilista.

Para a primeira, refoge a matéria às regras do Direito Civil, sujeitando-se ao que estipularem os regulamentos administrativos. Foi pioneiro dessa corrente no Brasil, assevera o dr. Galeno Lacerda — o Ministro Alberto Tôrres, em brilhante voto vencido, proferido no Supremo Tribunal Federal, no julgamento de um recurso extraordinário da Bahia, em 14 de dezembro de 1904.

Filiam-se à sua escola: Amílcar da Costa, Viatti de Magalhães, Andrade Figueira, Barbosa Campos e, no Rio Grande do Sul o dr. Alvaro Baptista de Magalhães, em sua magnífica introdução ao “Ante-Projeto do Código Tributário e Fiscal para os Municípios”.

3. — Conforme expõe o erudito autor da tese, os argumentos invocados pelos publicistas são, em resumo, os seguintes:

- a) os prazos prescricionais estabelecidos no Código Civil referem-se tão só a direitos e obrigações de ordem privada, pois apenas dessa espécie de relações trata o Código; ora:
- b) o Estado, ao lançar impostos, não age dentro da esfera do direito civil, porquanto o impôsto é uma obrigação inteiramente alheia ao direito privado;
- c) a tradição do direito brasileiro sempre foi no sentido de sujeitar as prescrições administrativas as dívidas passivas da nação, do que são prova o antigo Regimento da Fazenda, cap. 209; a lei orçamentária n. 243 de 30 de novembro de 1841 (art. 20); o decreto n. 857 de 12 de novembro de 1851 e o decreto n. 1.939 de 28 de agosto de 1908;
- d) igual tratamento tem merecido a matéria na França e na Itália, onde o legislador a exclui do âmbito do direito privado para lhe dar posição específica em leis administrativas.

4. — Tais argumentos, refuta-os o culto autor da proposição, aduzindo longas considerações que, em resumo, assim se alinham:

- a) sem embargo do enunciado contido no artigo 1.º do Código Civil, não é exato que seus preceitos se refiram exclusivamente “a direitos e obrigações de ordem privada”. O artigo, ocioso e contrário à realidade jurídica, mereceu o repúdio de Bulhões Carvalho, Aquino e Castro, Barradas, Ruy Barbosa e Celso Bayma. Desfavorável também é a crítica de Espinola e Carvalho Santos. Não continham disposição similar os projetos Texeira de Freitas e Felício dos Santos e nos de Coelho Rodrigues e Clovis Beviláqua bem diversa era a redação;
- b) em verdade não poderia o Código, sem falhar à sua finalidade, adstringir-se à pura regulação dos “direitos e obrigações de ordem privada”, já que não é possível estabelecer linha demarcatória suficientemente nítida na irrealizável “*finium regundorum*” entre o direito público e o direito privado. Não pode haver compartimentos estanques entre êsses dois ramos do Direito, porquanto a mais simples relação jurídica privada, para realizar-se e produzir efeitos, põe em jôgo o Direito, em sua mais alta expressão, através do tríplice caráter da Justiça: comutativo, legal e distributivo;
- c) para atender a essa realidade jurídica complexa, precisa o codificador civil ultrapassar as lindes naturais que contêm as re-

lações jurídicas de ordem puramente privada, para disciplinar determinadas relações jurídicas de ordem pública.

Provam-no a Lei de Introdução ao Código Civil; as disposições sobre as pessoas jurídicas de direito público; as regras sobre as fundações e sobre a devolução do patrimônio das associações civis a estabelecimentos municipais, estaduais ou federais; a teoria do domicílio aplicada à União, aos Estados e aos Municípios; a definição e a discriminação dos bens públicos, a teoria dos fatos e atos jurídicos, bem como a dos atos ilícitos, cujos postulados fundamentais pertencem "ao universo da ciência jurídica".

Também o instituto da prescrição, assevera o ilustre autor, tem aplicação geral, "valendo muitas de suas normas tanto para o direito comercial como para o direito administrativo". Eis porque dispôs expressamente o art. 178 § 10 inciso VI do Código Civil:

"Prescreve . . . . . Em cinco anos . . . . .  
VI — As Dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, e bem assim toda e qualquer ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal; . . . . .

- d) Quanto ao argumento de que a tradição do direito pátrio é no sentido da discriminação, repele-o o autor, com o objetar que, dado o estado caótico em que se encontrava o direito positivo antes do Código, era natural que os regulamentos tratassem da matéria, chegando mesmo a fazê-lo, com indisfarçável exorbitância, a respeito de assuntos estranhos ao direito administrativo, como praticou o decreto n. 1.939 de 28 de agosto de 1908.
- f) Por fim, invoca o dr. Galeno a autoridade de Carpenter, ao afirmar que sempre que o Estado, exorbitando da Constituição e das leis, lesa direitos ou interesses econômicos do particular, assume a obrigação de reparar o dano "consoante as regras do direito privado".

### CRÍTICA

1. — Nada temos a objetar às judiciosas considerações do autor quanto à aplicabilidade da Parte Geral do Código Civil a certos setores do direito público.

Como bem observa Raymundo Salvat, o magnífico civilista argentino:

"el plan de los códigos modernos, por lo menos, de los más adelantados, reposa sobre la distinción y separación de

una parte general y de partes especiales: la primera comprende la legislación de los distintos elementos comunes a toda relación jurídica; las segundas la reglamentación en particular de las diversas classes de relaciones jurídicas; es el método de las Pandectas. Puede mencionarse en este orden de ideas, en primer término, el método del Código civil alemán, a saber: libro 1.º, parte general: personas; cosas; actos jurídicos; plazos y términos; prescripción; ejercicio de los derechos, legítima defensa y justicia privada; seguridades; libro 2.º, relaciones obligatorias, lo cual abarca toda la materia de las obligaciones y sus diversas fuentes, es decir, los contratos, los actos ilícitos y la ley; libro 3.º, derechos reales sobre las cosas; libro 4.º, derechos de familia; libro 5.º, sucesiones."

E prossegue:

"El Código civil brasileño ha seguido también una orientación absolutamente científica y moderna. — En una introducción en veinte artículos trata de las leyes en general, de sus efectos y de su aplicación. Sigue después la parte general, dividida en tres libros: libro 1.º de las personas; libro 2.º, de los bienes; libro 3.º, de los hechos jurídicos. Por último, la parte especial, dividida en cuatro libros: libro 1.º, del derecho de familia; libro 2.º, del derecho de las cosas; libro 3.º, del derecho de las obligaciones; libro 4.º, del derecho de las sucesiones". (Tratado de Derecho Civil Argentino — Parte General).

No livro 3.º, sob o título "Dos Fatos Jurídicos", tal como fizera o codificador tedesco, incluiu o brasileiro a prescrição, considerada, destarte, *fato natural*, motivado pelo *decurso do tempo*, tanto criador como extintivo de direitos.

Enquadrado na parte geral, deveria, pois, o instituto aplicar-se necessariamente a toda sorte de relações jurídicas.

As regras sobre os fenômenos geradores, modificadores e extintivos de direitos, pertencem àquelas noções comuns, que constituem o que Unger denomina "a atmosfera imaterial em cujo seio se movem as diversas instituições jurídicas".

2. — Mas, quando não bastasse essa razão de ordem geral, teríamos o dispositivo expresso do art. 178, § 10 inciso VI do Código Civil, impondo explicitamente a prescrição quinquenal "às dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, e bem assim a toda e qualquer ação, contra a Fazenda Federal, Estadual ou Mu-

nicipal”, — preceito êsse renovado com maior ênfase no artigo 1.º do Decreto n. 20.910 de 6 de janeiro de 1932, onde se diz :

“As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, *seja qual fôr a sua natureza*, prescrevem em cinco anos, contados da data do ato ou fato do qual se originarem”.

Note-se que a locução expletiva “seja qual fôr a sua natureza” não figura no texto do Código, excluindo portanto qualquer exceção à regra.

Clóvis sustentou, é verdade, a imprescritibilidade dos *direitos* (e não das dívidas passivas) da União, Estados e Municípios. Fê-lo, porém, com apoio, não no argumento genérico, de índole publicista, de que a matéria era de ordem pública, porém confortando-se nas próprias regras gerais do Código Civil (artigos 66, II, 67 e 69) quanto à inalienabilidade dos bens (*lato sensu*) componentes do patrimônio público, os quais o mesmo Código coloca entre as cousas fora do comércio. Contudo, mesmo nesse particular, não é indiscrepante a opinião do imortal civilista pátrio. Carpenter sujeita os próprios *direitos* da União, dos Estados e dos Municípios à regra genérica do art. 177 do Código Civil. E, o nosso talentoso e preclaro Ruy Cirne Lima, uma das mais lídimas expressões da nova geração de juristas brasileiros, professor emérito de Direito Administrativo e autor de obras acatadíssimas sobre a matéria, com a autoridade insuspeita que lhe advém de tais títulos, mostra que a opinião de Clóvis se reduz apenas a afirmativa de que “nenhuma lei *federal* regula e estabelece a prescrição dos direitos da União, Estados e Municípios”, o que longe está de infirmar a competência exclusiva da União para regular a matéria.

Isto quanto à prescrição dos direitos, pois, no que tange à prescrição das dívidas passivas “de qualquer natureza”, inclusive, portanto, as de origem fiscal, expressa, indubitosa e clara é a lei civil, como acima se evidenciou.

3. — De resto, ainda quando inexistisse norma específica e se limitasse o Código a estabelecer regra genérica, como o fêz, no artigo 177, relativamente à prescrição das ações pessoais e reais em geral, mesmo assim não vacilaríamos em sustentar a sujeição das dívidas públicas passivas, oriundas de cobrança ilegal de impostos, à lei civil reguladora da prescrição extintiva.

Carpenter tangencia o assunto ao declarar que o Estado pratica ato ilícito quando, “no exercício de *jus imperii*, exorbita da Constituição ou das leis”, devendo, em consequência, reparar o dano

causado ao particular, “consoante as regras do direito privado” (Manual, v. IX, pag. 558).

Ora, desde que tal obrigação de reparar o dano tem por fonte o ato ilícito, fôrça é reconhecer o seu caráter civil. Não modifica essa natureza a circunstância de decorrer o débito da atividade fiscal do Estado.

Comprovada a ilegalidade (*lato sensu*) da cobrança, só *formalmente* se poderá dizer que o *ato é fiscal*. Juridicamente não o será, porquanto cessa o *jus imperii* do Estado, onde começa a atividade ilegal da Administração.

5. — A obrigação do fisco de devolver o impôsto ilegalmente cobrado é, destarte, um caso de repetição do indevido.

Salvante o requisito do êrro pressuposto da *condictio* nos casos comuns, inexigível na repetição do impôsto, atento o caráter cogente da cobrança fiscal, aplica-se ao Poder Público tudo quanto dispõe o Código Civil com relação ao pagamento indevido.

A obrigação de repetir é irrefragavelmente civil e como tal há de sujeitar-se à prescrição civil.

Fritz Fleiner examina a questão, para resolvê-la no sentido da tese do dr. Galeno Lacerda.

Cumprê distinguir, adverte o renomado juriscunulto alemão, a questão atinente “ao alcance do dever tributário” da que se relaciona com o dever de devolver o indevidamente pago. A primeira é de direito público. E acrescenta: “Porém se se parte de pressuposto de que a soma paga com excesso não constitui contribuição, porque inexistia obrigação de contribuir, então a devolução se apresenta como um caso de *condictio indebiti* de Direito Civil. A dúvida sobre o alcance da obrigação de contribuir se considera neste caso como uma questão prévia de Direito Público, da qual pode conhecer o juiz civil competente”.

E cita em seu apoio as autoridades de Lassar e Merk (Instituciones de Derecho Administrativo — tradução de Giudisi — Madrid, 1933, pag. 41, nota 10).

## CONCLUSÃO

Acolhemos, pois, a tese do dr. Galeno Lacerda, reconhecendo que, já em face do disposto no art. 178 § 9 inciso VI do Código Civil, já por se tratar de obrigação civil, a dívida pública, oriunda de cobrança indevida de imposto, está sujeita à prescrição civil.

DEBATES EM PLENÁRIO

O SR. PRESIDENTE — José Salgado Martins — (na ausência eventual do sr. 1.º Vice-Presidente em exercício) — Temos sôbre a Mesa a tese: “Carater Civil da Prescrição das Dívidas Públicas Passivas, de Origem Fiscal”. Esta tese é de autoria do dr. Galeno Lacerda e é seu relator o professor José Luiz Martins Costa a quem tenho a honra de conceder a palavra.

O SR. JOSÉ LUIZ MARTINS COSTA — Exmo. sr. Presidente. Exmos. srs. Congressistas. Meus senhores.

O dr. Galeno Lacerda, assistente de Processo Civil na Faculdade de Direito da Universidade e auditor do Tribunal de Contas do Estado, além de outras teses com que concorreu ao presente Congresso Jurídico, apresenta a que eu tenho a honra de relatar, (Lê o Relatório e Parecer)

A comissão, tendo examinado a tese do dr. Galeno Lacerda, conclui por acolhê-la, nestes termos:

“A Comissão acolhe a tese do dr. Galeno Lacerda, reconhecendo que já em face do disposto no art. 178, parágrafo 9, inciso 6 do Código Civil, já por se tratar de obrigação civil, a dívida pública oriunda de cobrança indevida de impostos, está sujeita à prescrição civil.” (Palmas).

O SR. PRESIDENTE — Está em discussão a conclusão aprovada pela Comissão que apreciou a tese. Se o autor da tese ainda pretender fazer quaisquer considerações, terá a palavra.

O SR. GALENO LACERDA — Eu me dispensio, sr. Presidente, de fazer quaisquer considerações, porque a tese foi perfeitamente sustentada no parecer do nobre relator.

O SR. PRESIDENTE — Então passaremos à votação da conclusão aprovada pela Comissão.

A conclusão é esta: “Reconhecendo que já em face do disposto no art. 178, parágrafo 9, inciso 6.º do Código Civil, já por se tratar de obrigação civil, a dívida pública oriunda de cobrança indébita do impôsto está sujeita à prescrição civil. “Os que estiverem de acôrdo, queiram ficar sentados. (Pausa) Aprovado. (Palmas).

ALGUMAS DAS RESTRIÇÕES  
INCONSTITUCIONAIS  
À COMPETÊNCIA DO JÚRI

*Angelito A. Aiquel*

Bacharel em Direito e licenciado em filosofia.

A ampla soberania dos veredictos do júri proclamada no parágrafo 28 do art.º 141 da nossa Carta Magna, provocou a reação daqueles impenitentes adversários da velha instituição, no sentido de restringir ao mínimo os casos de sua competência.

Para tanto foi necessário obscurecer a clareza da disposição constitucional, foi preciso argumentar sem lógica e foi útil colocar o Código Penal acima da Lei Maior.

Destarte as mais variadas interpretações nasceram da locução — crimes dolosos contra a vida.

O legislador ordinário rebelou-se contra a amplitude do mandamento constitucional e, erradamente, restringiu os casos da competência do Tribunal Popular.

A Lei n.º 263, de 23 de fevereiro de 1948, que modificou a competência do Tribunal do Júri, ao alterar o parágrafo 1.º do art.º 74 do Estatuto Proc. Penal, excluiu do seu conhecimento todos os crimes que não os previstos nos artigos 121, parágrafo 1.º, 121, parágrafo 2.º, 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126 e 127 do Código, consumados ou tentados.

Razão possuía o ilustre autor do projeto da lei (Lei n.º 263), senador OLAVO OLIVEIRA, quando defendia a inclusão de todos os crimes dolosos de cuja prática resulte a morte, seja qual fôr a sua capitulação, assim como dos que com êles forem conexos.

A mesma luta que hoje se trava quer no terreno da doutrina, como, e principalmente, no campo da jurisprudência — na interpretação da Lei — o Senado manteve durante todo o tempo da tramitação do projeto, pois a douta Comissão de Constituição e Justiça, contestando o eminente Senador OLAVO OLIVEIRA, entendia que na expressão — crimes dolosos contra a vida — sòmente